

A disrupted balance? Prevention of terrorism and compliance with fundamental legal rights and principles of law - The Dutch anti-terrorism legislation

Citation for published version (APA):

Veegens, K. (2011). *A disrupted balance? Prevention of terrorism and compliance with fundamental legal rights and principles of law - The Dutch anti-terrorism legislation*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Intersentia. <https://doi.org/10.26481/dis.20111220kv>

Document status and date:

Published: 01/01/2011

DOI:

[10.26481/dis.20111220kv](https://doi.org/10.26481/dis.20111220kv)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

Chapter I Terrorism as Timeless Trend: an Introduction

Anti-terrorism legislation is a relatively new phenomenon in the Netherlands, even though terrorism is not. Dutch counter terrorism policy in the period 2001–2011 primarily focused on prevention. This dissertation discusses one aspect of that policy: the scope of the prevention oriented anti-terrorism legislation within and without criminal law, and its impact on principles of (criminal) law, and on fundamental legal rights and principles as enshrined in the relevant European treaties, which in case of the Netherlands, is higher law. This has led to the following key research question:

To what extent are the statutory criteria for the application of pre-trial anti-terrorism powers and measures and their practical implementation, especially as regards the required level of suspicion, within the criminal justice system, public order law, administrative law and European Union law, in compliance with the relevant fundamental legal rights and principles of law, as enshrined in the applicable European treaties?

To answer this question, several sub-questions are raised and discussed, of which these are the most important three:

- I. What constitutes an act of terrorism as the law stands within the Dutch criminal justice system, and how and to what extent has the criminalisation of terrorism affected criminal liability, particularly during the pro-active phase?
- II. What level of suspicion is required to apply which powers and/or measures situated in what area of law to prevent terrorism?
- III. How does the application of these state powers, particularly in light of their criteria for application, affect which fundamental legal rights and principles of law?

The above research questions have resulted in a tripartite structure in this dissertation. First of all, Chapter II relates to the **first sub-question**, and examines the scope of criminal liability with regard to terrorist offences in terms of *mens rea* and *actus reus*. Chapters III to VIII concern themselves with the **second sub-question**, and therefore discuss several specific pre-trial measures and powers available to the executive to prevent terrorism within the field of public order law, administrative law, criminal procedure and European Union law. The **third sub-question** is the leading thread throughout all of the chapters. Chapter IX, in

particular, discusses the actual scope of the effects of the discussed powers and measures on the relevant fundamental legal rights and principles of law.

Chapter II The Criminalisation of Terrorist Offences

Chapter II discusses Dutch anti-terrorism legislation in the field of substantive criminal law, and the effects of this legislation on the principle of legality, as enshrined in Article 1 of the DCC and Article 7 of the ECHR. This legislation is based on two main starting points. The first is legislation aimed at *preventing* terrorism rather than at responding to it. Persons who presumably intend to commit a terrorist offence should be stopped prior to committing it. The second point is that anyone suspected of being *involved in*, or linked to, ‘terrorist activities’ in any way should be stopped as well. In order to achieve these two goals, criminal liability has been broadened considerably with regard to terrorism. The risk of holding people criminally liable for terrorist offences, primarily on the basis of intentions rather than on the basis of the factual danger that they, through their conduct, pose or may come to pose to society, its legal values, and persons’ lives or goods, has increased with the entering into force of the DTA. Special intent as a constitutive element of criminal law provisions brings with it a considerable subjectivism within the DCC. Notwithstanding the case law on Article 83a of the DCC that defines terrorist intent, the precise scope of this concept remains uncertain. Among the judiciary there is no consistency with regard to the scope of terrorist offences. Even though the specific circumstances of the case are decisive, in all judgements regarding alleged terrorist offences, the political religious conviction of the suspect has contributed considerably to proving terrorist intent. Persons adhering to extreme interpretations of, for instance, Islam, but who have hardly taken any steps to realise these beliefs – let alone actually endangered society, other persons or goods – become liable to punishment.

The ECtHR rarely acknowledges that criminal law provisions as such violate Article 7 of the ECHR due to non-compliance with the *lex certa* requirement. Criminal law provisions must be applicable in various situations and to all potential (future) perpetrators. This implies that such provisions must be edited in somehow broad terms whereas the principle of legality, theoretically, requires criminal behaviour to be addressed as clearly as possible. There is, consequently, a constant inherent tension in drafting, as clearly as possible, criminal law provisions, which, at the same time, also cover all (future) behaviour that is to be considered criminal in nature. The ECtHR deems an extensive interpretation of criminal law provisions, which is in line with (gradual) changing (societal) circumstances, not to be in violation of the principle of legality as long as the interpretation remains in accordance with the essence of the provision and, to a certain extent, foreseeable. Nevertheless, several judgements show that even a completely different (broader) interpretation of a criminal law provision regarding *serious offences* – hence without gradual preceding development – does not automatically imply a violation

of Article 7 of the ECHR. Faced with such a dilemma, the ECtHR deems the punishing of serious criminal behaviour – even if not obviously falling within the scope of a criminal law provision – more important than the strict application of the principle of legality. It seems as if it is only when legal uncertainty of a person is almost total that the ECtHR will conclude that there has been a violation of Article 7 of the ECHR – due to non-compliance with the *lex certa* requirement.

Chapter III Allegedly Involved in Terrorist Activities

This chapter discusses the anti-terrorism measure referred to as ‘personal disturbance’ [*persoonlijke verstoring*] and the underlying suspicion criterion. During the period 2004–2007 the police acting under authority of the Mayor, used a range of surveillance powers (personal disturbance-powers) on persons *allegedly involved in terrorist activities/persons posing a terrorist threat*. These surveillance powers included driving noticeably by a person’s house and stopping, for several minutes, in front of it with the engine running, during the day, as well as during the night; following that person by (police) car whenever he goes out; stopping visitors and asking for their identity card; calling the person when he is not at home; and observing his house on a regular basis. The government invoked Articles 2 and 12 of the Police Act (PA) and Article 172 of the Municipality Act as a legal basis for personal disturbance. These provisions include the general task description of the Mayor and the police, that of safeguarding *public order*. None of these provisions include specific criteria for the application of personal disturbance powers, nor do they define the scope of these powers. The criteria of ‘persons allegedly involved in terrorist activities’ or ‘persons who pose a terrorist threat’ are not codified, but merely mentioned in parliamentary memoranda.

The judiciary has been asked twice to rule on the lawfulness of specific cases of personal disturbance. In both cases, the application of personal disturbance powers – when based on Article 12 of the PA – was not, as such, explicitly prohibited. The competent court only judged explicitly on the question of whether the personal disturbance powers were proportional to the aims pursued, which was dependent on the specific circumstances of the case. The more incriminating the evidence against a person is, and the less intrusive the personal disturbance powers are, the more inclined the judiciary is to allow such powers to be exerted on the basis of Article 12 of the PA.

This chapter also discusses the Strasbourg right to privacy pursuant to Article 8 of the ECHR, in light of the application of personal disturbance powers. During the period 2004–2006, the *most intrusive forms* of personal disturbance interfered with the right to privacy. Personal disturbance implies a large discretionary power for the Mayor – a power that is not, moreover, counterbalanced by automatic and effective procedural safeguards like mandatory judicial control. Whether the application of personal disturbance powers is in compliance with Article 8 of the

ECHR can only partly be examined *post facto* by summary proceedings lodged by the person subjected to personal disturbance.

Chapter IV Assumed Connections with Terrorism

In this chapter the bill on the administrative law measures to safeguard national security is discussed [*Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid*, 'the Bill']. In June 2011, this Bill was revoked. At the time it was introduced in Parliament, it was the first proposed legal anti-terrorism measure that was situated in the administrative law system. The principal aim of the Bill was to act when the criminal justice system could not yet, or could no longer, be applied. It was meant to 'complete the set of anti-terrorism measures', also without the criminal justice system. Persons deemed to be *connected with terrorist activities or the support thereof* could be subjected to a restraining order and/or to a duty to report periodically to the police ('the administrative measures'). A reasonable suspicion of a specific terrorist offence was no prerequisite for the application of the proposed administrative measures. When state authorities would impose one or more of these administrative measures, the person concerned would be restricted in his freedom to choose where to go and who to meet. Applying all three of the administrative measures cumulatively for a longer period, would increase the intrusiveness in terms of the right to freedom of movement pursuant to Article 2 of the 4th Protocol with the ECHR ('the Protocol'), especially when taking into account that a (reasonable) suspicion was not required to impose these measures and that secret intelligence information would have sufficed to apply the administrative measures for up to a period of two years. There is no Strasbourg case law on interferences with the right to freedom of movement caused by state powers comparable to the administrative measures proposed in the Bill. The intended practical scope of the administrative measures has, furthermore, remained unclear due to the fact that the Bill never entered into force. Nevertheless, there are three issues that must be underlined when assessing the powers comprised in the Bill on compatibility with Article 2 of the Protocol.

First and foremost, Article 2 of the Bill, which included the criteria for the application of the administrative measures, was broadly defined and created a large discretionary power for the Minister of Interior, even despite the attempted clarifications in the parliamentary memoranda. That generated a risk of arbitrariness. Secondly, the Bill did not provide for automatic *judicial* review, either prior to, or after, the imposition of the administrative measures. Whether or not judicial control would be exerted on the imposition and/or continuation of these measures would have been dependent on the question of whether the person subjected to such measures lodged an appeal with the Hague District Court pursuant to Article 4 of the Bill. The scope of these proceedings is, furthermore, unclear. Thirdly, after the entering into force of the DPTA and of Article 134a and 83b of the DCC, the Bill appeared to be redundant.

Chapter V Indications of a Terrorist Offence

In order to adequately enforce the DTA, investigative powers had to be expanded significantly when it concerned terrorism. In the Government's view: 'terrorism cannot be countered by means of the classical (common) criminal procedure'. To that effect, the preventive function of criminal procedure in the case of terrorism had to be reinforced. This chapter discusses part of the Dutch procedural anti-terrorism act ('DPTA') that entered into force in 2006. This Act brought about considerable amendments to the Dutch code of criminal procedure ('DCCP') in the field of investigations into terrorist offences:

1. Extended powers to gather (public and private) information during an exploratory inquiry into terrorist offences;
2. Broadened powers to frisk persons and investigative means of transport and objects in security risk areas, without a reasonable suspicion concerning a specific (terrorist) offence;
3. Extended powers to apply special investigation techniques in the case of investigations into terrorist offences;
4. Remand in custody for 20 days on the basis of a reasonable suspicion in the case of a terrorist offence;
5. A power for the public prosecutor to postpone access to the case file for the defence and the trial judge in the case of investigations into terrorism.

This chapter discusses the first three amendments. All of these three amendments relate to the introduction of a new suspicion criterion in the DCCP brought about by the DPTA – that of 'indications of a terrorist offence'. The powers that may be used upon indications of a terrorist offence interfere with the right to privacy as interpreted by the ECtHR. Strasbourg case law concerning the application of comparable powers reveals that the larger the scope of a power is, the more intruding it is, and the earlier in the pro-active phase that it is applied, the more precisely the discretionary power of the executive must be specified in statutory law. The law must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities, and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question. Powers of the executive may never be unfettered. The more specific the law prescribes the nature of the offences, the less specific the category of persons needs to be specified. However, powers that also interfere with non-suspected citizens' private life must provide for particular rules in that respect. The application of powers that interfere with the private life must (preferably) be ordered by a judicial authority and must be monitored and examined afterwards, also by a judicial authority. However, the wider the powers are, the more difficult it will be for the judiciary to examine whether the powers have been applied lawfully. The effectiveness of judicial control diminishes, therefore, progressively in the case of broad legal provisions, while such provisions particularly demand extra judicial

control. The more detailed and demanding domestic *procedural* rules concerning such measures of secret surveillance are, the more likely it is that the ECtHR will consider the enforcement thereof to be in accordance with Article 8 of the ECHR. Procedural safeguards must, moreover, apply during the initial stages of ordering the application of such measures, and during the further enforcement of these measures. Safeguards must be particularly vigilant where the authorities are empowered to order and effect such measures without a judicial warrant, and/or in the case of intruding measures of secret surveillance.

The proportionality, and hence necessity, of a measure of secret surveillance decreases when other measures are/have been applied concurrently/successively. Furthermore, the more criminal offences that may be investigated by means of such measures, the less likely it is that the ECtHR will consider such an application necessary in a democratic society. In examining whether national security reasons may be used to demonstrate the necessity of interferences with the right to privacy, two main aspects play a role in the ECtHR's view: (1) how close and actual the threat against national security is, and (2) how severe the infringement of the privacy is. The more serious a crime is, the more necessary it may be deemed to apply secret measures of surveillance. This is true particularly when other (less intrusive measures) have proven to be ineffective. The ECtHR has used these considerations, however, only with respect to suspects and accused on whom such measures had been applied for a relatively short period and under supervision of a judge. It is important to note that there is no explicit case law available regarding powers applied during the pro-active phase on persons who cannot yet be considered as suspects.

With respect to the powers discussed in this chapter, two main problems may arise in the field of compliance with Article 8 of the ECHR. First and foremost, large discretionary powers for the executive limit the effectiveness of statutory safeguards, and, primarily of judicial control. This is at odds with the fact that the potential intrusiveness of the powers discussed in this chapter call for an increased level of *effective* safeguards under Strasbourg case law. Secondly, the ordering of secret measures of surveillance is – with respect to most measures – made by the public prosecutor. Even though the ECtHR does not require a judge as ordering authority per se, it remains to be seen if a public prosecutor is sufficiently independent to prevent arbitrary application of the powers discussed in this chapter. The scope of judicial control on the application of the powers discussed in this chapter appears to be very limited. In this respect, it is striking that most investigations into assumed terrorist offences do not lead to prosecution on account of (terrorist) offences, but are stopped due to lack of evidence. This implies that *ex post facto* control rarely takes place.

Chapter VI A Reasonable Suspicion

It is of crucial importance to determine at what moment exactly a person may lawfully be considered as a suspect of an (terrorist) offence. That moment is a turning point, both for the suspect and for the investigative authorities, within the context of criminal investigations and proceedings. On the one hand, the suspicion criterion of Article 27 of the DCCP forms the gateway for state authorities to apply all kinds of coercive powers on civilians. On the other, from that moment on, the authorities are obliged to effectively guarantee various fundamental rights of the suspect.

The coercive powers to investigate terrorist offences that are discussed in this chapter apply in the case of a *light* reasonable suspicion. This is currently the only firm prerequisite for police custody and remand in custody. Since the entering into force of the DPTA, a terrorist suspect may be kept deprived of his liberty for 20 days and 15 hours on the basis of a (light) reasonable suspicion pursuant to Article 67, section 4 of the DCCP, whereas for suspects of common offences there must additionally be serious objections against suspects. The WODC reports demonstrate that remand in custody of terrorist suspects on the basis of Article 67, section 4 of the DCCP has been used only in five cases during the period 2007–2011, and primarily to avert alleged threats. These reports sustain the presumption that, when it concerns criminal investigations into terrorism, investigative interests, the prevention of terrorism, and, more generally, risk management, have become more decisive criteria for the application of coercive measures than the statutorily defined level of suspicion.

In terms of the ECHR, Chapter VI focuses on Article 5, section 1 under c and section 3 – the right to liberty and security of person. One precondition for lawful pre-trial deprivation of liberty is that there must be a reasonable suspicion. In examining whether there is a reasonable suspicion, the ECtHR discerns between: (1) the *subjective* side of a suspicion, i.e. the bona fides of the investigative authorities; and (2) the *objective* side of a suspicion, i.e. objective, concrete and relevant facts or circumstances to sustain the suspicion. Only if both aspects have been fulfilled, will a suspicion be reasonable. There will have to be evidence of actions directly implicating the suspect. The more detailed and precise the information used to demonstrate the suspicion is, the more likely it is that the ECtHR will assess the suspicion as reasonable. The ECtHR does not seem to object to using secret intelligence information to come to a reasonable suspicion. However, additional information is required to demonstrate a reasonable suspicion. If secret intelligence information is used, that information must at least comprise some facts or information capable of satisfying a court, and, hypothetically, an objective bystander, that the arrested person is justly suspected of having committed an offence(s). Even though the ECtHR understands a state's difficulties in countering terrorism, it does not allow for the creation of different suspicion criteria *that depend on the type of crime* that a person is suspected of having committed. This

reasoning makes the Dutch government's consideration that when it concerns alleged terrorists, suspicion criteria should be less demanding, questionable.

For the ECtHR an important *procedural* safeguard to prevent arbitrary arrest and deprivation of liberty is adequate domestic judicial review of the reasons for arrest and pre-trial detention. The judiciary must be granted access to the (objective) facts or circumstances that led to the arrest/deprivation of liberty in order to perform an effective *post facto* control on the lawfulness of the interference with a person's right to liberty. Even though the ECtHR's interpretation of the grounds capable of justifying continued pre-trial detention (danger of absconding, the risk of an interference with justice, the need to prevent crime, the need to preserve public order) depends on the specific circumstances of the case, there are a number of guidelines that apply to all of these grounds. Firstly, suspects must, if possible, be released pending trial. Alternative measures should be considered prior to holding a suspect in pre-trial detention. Secondly, domestic authorities need to demonstrate specific and individualised circumstances regarding a suspect, his conduct and personality, when deciding whether or not to keep him in pre-trial detention. Thirdly, the longer pre-trial detention lasts, the more relevant and sufficient the grounds used to legitimise the detention must become – in substance as well as in number. Fourthly, all of the grounds used to justify arrest and pre-trial detention presuppose a close and, moreover, demonstrable link between: (1) the specific personal circumstances of a case and a suspect, (2) domestic law, and (3) the factual circumstances that the competent authorities use to justify the deprivation of liberty.

Chapter VII Serious Objections

'Serious objections' is the most demanding suspicion criterion during the pre-trial phase. With respect to pre-trial deprivation of liberty of a terrorist suspect, serious objections only start to play a role in the case of detention on remand [*gevangenhouding/gevangenneming*] – the last phase of pre-trial detention. This is a consequence of the new Article 67, section 4 of the DCCP. The DPTA amended Article 66, section 3 of the DCCP. Terrorist suspects may be detained on remand for two years and 90 days, instead of for 90 days as in the case of 'common suspects'. This chapter discusses the scope of this amendment and the question of whether such an extended term of detention on remand can still be considered compatible with Article 5, section 3 of the ECHR. Everyone detained pursuant to section 1 under c is entitled to trial within a *reasonable time*. The ECtHR has developed some benchmarks to examine whether a criminal investigation and criminal proceedings regarding a suspect kept in pre-trial detention are conducted with the required special diligence and drive. The most important aspect is the question of whether there was any inactivity on the part of the state authorities during the criminal investigation and during the criminal proceedings. Such inactivity is basically always unacceptable. Secondly, the complexity of the case plays a role, as well as

the attitude of the suspect and the type of criminal behaviour. The nature of a criminal offence only partly influences the reasonableness of the length of pre-trial detention. Complex criminal offences – such as offences connected to international criminal or terrorist organisations – influence the complexity of the case, and consequently, the accepted length of pre-trial detention. Hence, it is primarily the potential difficulty intrinsic to the investigation of such offences that influences the reasonableness of the length of continued pre-trial detention, rather than the nature of terrorism, as such.

As a result of the extended term of detention on remand for terrorist suspects, potential restrictions on such suspects' rights during the pre-trial phase apply for an equally longer period. One of the restrictions that may be imposed is that of temporarily denying the suspect access to part of the case file pursuant to Article 30, section 2 of the DCCP. Access to the *whole* case file is of crucial importance when a suspect wants to lodge proceedings by which the lawfulness of his pre-trial detention is examined in accordance with Article 71 of the DCCP or pursuant to Article 69 of the DCCP. Article 5, section 4 of the ECHR obliges states to provide for an *effective* system of such *habeas corpus* proceedings. In order to effectively enforce the right to lodge a *habeas corpus* complaint, the suspect and the competent court need to know on the basis of which information the suspect is held in pre-trial detention. National security concerns and/or terrorism cannot, as such, justify far-reaching infringements of suspects' defence rights during *habeas corpus* proceedings as regards to the withholding of information. The right to have access to the case file is, in the ECtHR's view, an essential feature of the principle of equality of arms – a principle that should be complied with during *habeas corpus* proceedings. That principle is not lived up to if the suspect is denied access to the documents in the case file that are essential in order to *effectively* challenge the lawfulness of pre-trial detention. In essence, suspects must always be able to effectively challenge the lawfulness of their detention before a court, also if it concerns terrorism. This implies that they must – some way or another – be enabled to rebut the state's allegations of suspicion of terrorism. Therefore, a suspect must be kept informed and permitted to make submissions and participate in the decision-making process during *habeas corpus* proceedings as far as possible, without disclosing the material that the prosecution wants to keep secret. Information that is of decisive importance to the outcome of a suspect's appeal for release, and is an issue of fact which forms part of the prosecution case, must be released to the suspect, even if it concerns terrorism. The longer pre-trial detention lasts, the more encompassing *habeas corpus* proceedings will have to be and the more information there will need to be disclosed to the suspect and the competent court. Also, as the criminal investigation progresses, the need for non-disclosure of evidence, on the basis of the interest of the investigation, will considerably diminish. The tenability of the government's general reasoning that the nature of investigations into *terrorism* justifies more far-reaching restrictions on suspects' rights during the pre-trial phase is questionable in light of Strasbourg case law.

The ECtHR attaches special significance to the question of whether there are sufficient procedural safeguards and/or guarantees to counterbalance infringements of a suspect's defence rights during *habeas corpus* proceedings. The amended Article 66, section 3 of the DCCP has not been provided with safeguards to counterbalance the potentially more far-reaching limitations of a terrorist suspect's rights under Article 5, section 4 of the ECHR. As Article 66, section 3 of the DCCP prolongs the period of detention on remand for terrorist suspects, these suspects should accordingly profit from *broadened* possibilities of judicial control in terms of substance. This presupposes full knowledge of all the information on which the prosecutor bases the reasons and justifications for the pre-trial detention. The court deciding on the *habeas corpus* complaint may not, just as the suspect, be granted access to information comprised in the case file. That may hamper the court in effectively judging on the lawfulness of pre-trial detention of terrorist suspects. Strasbourg case law on Article 5, section 4 of the ECHR primarily deals with situations where the competent court and the prosecution had access to the whole case file, whereas the suspect and/or his lawyer did not. Cases where neither the court nor the suspect had access to the case file may bring forth problems in terms of the required effectiveness of judicial control under Article 5, section 4 of the ECHR.

Chapter VIII Blacklisted as Terrorist

This chapter discusses the Union blacklisting system. As a rule, once a party is included on the Union blacklist, all its assets are frozen, including – among other things – insurance, insurance related services, bank credits, travellers' cheques, bank cheques, money orders, shares, securities, bonds, drafts and letters of credit. The *freezing* of assets implies that a blacklisted person has no longer access to all the necessary means for leading a 'normal life'. The blacklisted party is not, moreover, informed of the intended imposition of fund freezing measures, and only discovers this when his assets have already been frozen. Whereas the actual listing – as well as the imposition of the fund-freezing measures – is quite simple, delisting has proven to be almost impossible. Theoretically available legal remedies turn out to be factually useless because of the lack of compliance with essential (defence) rights and procedural requirements. Assuming that the blacklisting proceedings do fall under the scope of Articles 47 and 48, section 2 of the Charter and Article 6 of the ECHR, various fundamental rights ought to be complied with. The following minimum list may be used to assess the Union blacklisting system:

1. Substantive criteria for inclusion on the blacklist should be clear;
2. There must be sufficient notification to the blacklisted parties regarding decisions taken, and the grounds on which these have been taken, preferably prior to the actual implementation of these decisions;
3. The listings must be strictly time-limited and subject to *effective* renewal;

4. In order to profit from the right to an effective legal remedy, blacklisted parties must be allowed access to all relevant information and be given a fair hearing;
5. Effective judicial review must be assured by an independent and impartial court, which, moreover, has the power to factually annul or modify the blacklisting decision; and
6. Compensation ought to be given to unlawfully blacklisted parties.

If one considers compliance with these conditions and principles as a precondition for (de)-listing proceedings to be in accordance with fundamental rights, the following issues arise. **Firstly**, the substantive ‘suspicion criterion’ of involvement in terrorist acts – as comprised in CP 931 – is broad, and leads to a considerable discretionary power for the Member States and the Council, and limits possibilities for the Union judiciary to examine the lawfulness of blacklisting decisions. In addition, the periodic review of blacklisting decisions loses effectiveness when the criteria for inclusion on the blacklist are broad. **Secondly**, no type of hearing is held, and no statement of reasons needs to be provided to the party concerned, prior to the blacklisting and the imposition of fund-freezing measures. If a hearing is held after the imposition of these measures, that hearing only serves to inform the party concerned of the measures imposed and of the national decision underlying the Council’s decision. Blacklisted parties are not, generally speaking, (fully) informed of the reasons for being considered as involved in (the financing of) terrorist acts. In addition, the Council does not easily refuse a blacklisting initiative of a Member State, even if the underlying information is not as convincing as it ought to be. **Thirdly**, parties are – theoretically at least – listed for six months, after which time the Council examines whether continued inclusion on the blacklist is still justified. The actual practice is different: the prescribed periodic review – in real terms – comes down to a simple six-month extension of the blacklisting decision, without the required full review of the initial reasons for inclusion on the list. In this respect, it is, furthermore, of importance to note that periodic review of the blacklisting decisions is performed by the *executive* authority which itself, moreover, initially imposed the measures, instead of by a *court*.

Fourthly, despite the fact that, in theory, there is a remedy available for blacklisted parties, the procedural deficiencies, the broadly edited substantive provisions, and the fact that fair trial principles are only in part applicable, undermine the right to an effective legal remedy. In addition, the right to an effective legal remedy is made completely dependent on compliance with the other two defence rights and is, as such, of little value. **Fifthly**, the above-discussed case law shows that the scope of judicial review before the Union judiciary is limited. Both the Council and the requesting Member State, are allowed to withhold information from the Union judiciary and the blacklisted party if national security is at stake, and they both enjoy a large discretionary power. The Council is, moreover, to cooperate in good faith with the Member States, which allows full play for the requesting Member State when it comes to blacklisting.

Chapter IX Conclusions and Recommendations

Chapter IX elaborates on three issues: (1) the general characteristics of Dutch anti-terrorism legislation, (2) the scope of the repercussions of anti-terrorism legislation on fundamental rights and principles of law, and (3) several possible solutions to counterbalance the interferences that the current anti-terrorism powers and measures have on these rights and principles.

I

The characteristics of **substantive anti-terrorism legislation** are primarily found in the amendments to the DCC brought about by the DTA. These amendments have produced, in the DCC, a dichotomy: the DCC currently consists of terrorist offences and of common offences. Practice shows that Articles 83 and 83a of the DCC have significantly broadened criminal liability with regard to both terrorist offences, and the common offences to prepare or facilitate terrorist offences – primarily those offences committed during the pro-active phase. Inchoate terrorist offences do not *primarily* serve to guarantee criminal liability, but they are used as a means to prevent risks from materialising. The main goal of anti-terrorism legislation is, then, to discover who may be, and who is not, *connected to* the perpetration (in the broad sense of the word) of potential terrorist offences. In that respect, substantive law has become an instrument to contribute to risk management, and an instrument to control rather than an instrument to ensure criminal liability in respect of yet committed criminal or terrorist offences; substantive law has accordingly been made subservient to procedural law.

Following the enactment of the DPTA and the DTA, the **scope of procedural powers** during the pre-trial phase has increased in the case of terrorism. Three main things have changed: (1) with regard to some powers (statutory), suspicion criteria have been lowered for terrorist offences only; (2) requirements to come to a reasonable suspicion in the case of terrorism have been (informally) lowered; and (3) the interest of the investigation has become the key criterion in deciding whether or not to apply procedural powers. In general, when it comes to preventing terrorism by means of the criminal justice system, the relevance of the suspicion criteria as justification for, and as criteria for the application of, state powers or measures, has significantly diminished. The perspective and object of a suspicion have changed as well. While a suspicion used to refer to an *individual* who had allegedly committed a more or less well-defined criminal offence, at present, suspicions increasingly concern *groups of as yet unidentified individuals* who presumably prepare, plot, plan or commit vaguely defined (terrorist) offences or are involved in, or connected to (the support of), terrorist activities. In addition, suspicions increasingly concern *situations* rather than specific persons. ‘Suspicious’ situations instead of concrete human behaviour have become the starting point and basis for (later) individualised suspicions.

II

Even though the scope of terrorist intent/terrorist offences still has to take shape in case law that will not, as such, lead to violations of the principle of legality as enshrined in Article 7 of the ECHR and Article 1 of the DCC. Strasbourg case law on Article 7 of the ECHR emphasises that judges should be left free to interpret and develop criminal law provisions according to changing societal circumstances. Excessively clearly defined offences may obstruct that.

In terms of the requirement that all interferences with the right to privacy must be in accordance with the law, personal disturbance yields the largest problems under Article 8 of the ECHR. Personal disturbance powers, as applied in the most intrusive form during the period 2004–2007, lacked a Strasbourg conforming basis in domestic law. There were, furthermore, no safeguards to prevent the arbitrary application of personal disturbance powers. The application of such powers on the basis of Article 2 and 12 of the Police Act in the most intrusive form was in violation of Article 8 of the ECHR. In addition, the necessity of personal disturbance has been completely superseded since the entering into force of the DPTA.

The introduction of the suspicion criterion of ‘serious objections of a terrorist offence’ as a precondition for; (1) initiating an exploratory inquiry into terrorist offences, and (2) the application of special investigation techniques, and (3) the application of the investigative powers in security risk areas, raises problems under the first requirement of Article 8, section 2 of the ECHR as well. First of all, the criteria for application – including the suspicion criterion – of these powers are broadly defined. That may raise problems in terms of compliance with Strasbourg qualitative requirements attached to criminal (procedural) law. Secondly, there are insufficient procedural safeguards to prevent arbitrary application of these techniques and powers. Large discretionary powers for the executive inevitably limit the effectiveness of statutory safeguards, and, primarily, of judicial control. This is at odds with the fact that the potential intrusiveness of the powers comprised in Title VB of the DCCP calls for an increased level of *effective* safeguards under Strasbourg case law. The necessity of the procedural powers comprised in Titles VB and VC of the DCCP is, furthermore, difficult to adequately substantiate when considered in light of: (1) the non-criminal law based anti-terrorism measures, as discussed in the previous chapters; (2) the powers comprised in Titles IVA, V and VA of the DCCP, and (3) the powers of the secret intelligence services, combined with the information exchange between the investigative authorities and the secret intelligence services.

Coming to a (reasonable) suspicion regarding the commission of terrorist offences has become less difficult. Broad legal definitions of terrorist offences, which, moreover, criminalise behaviour occurring early in the pro-active phase, facilitates the smooth fulfilment of suspicion criteria even more. Information underlying

suspicion criteria concerning terrorist offences is often not, moreover, exclusively gathered by the investigative authorities themselves and remains (in part) secret regarding the sources. In light of these developments and the practical implementation of the system of initial pre-trial deprivation of liberty in the Netherlands, it cannot be denied that the core element of Article 5 of the ECHR is undermined. The deprivation of liberty in the case of terrorism may, moreover, very well take place beyond the legally defined criteria for application. The combination of broad criminal liability for (inchoate) terrorist offences, lowered suspicion criteria for the application of procedural powers and measures, and the possibility of using secret intelligence information and other 'soft evidence' during the investigation and during trial, makes the likelihood of 'having the wrong guy' considerably less illusory. That likelihood is increased even more when one takes into account the burden placed on the investigative authorities to prevent terrorism at all costs. If the error rate regarding criminal investigations into terrorism proves to be indeed considerably higher than in case of common criminal investigations, it is all the more important to oblige public prosecutors to present their case to a court as soon as possible, in order to judge on the legitimacy of the charges and the lawfulness of the pre-trial detention, instead of giving public prosecutors two extra years to present the case to court. In that light, there is an explicit need to conduct criminal investigations into terrorist offences with *extra* diligence. In that respect, the amended Article 66, section 3 of the DCCP goes flatly against Strasbourg basic principles under Article 5 of the ECHR.

It is, moreover, essential that terrorist suspects in pre-trial detention are given access to the complete case file to adequately challenge the accusations. Strasbourg does not appear to allow for more intrusive interferences with a terrorist suspect's defence rights during *habeas corpus* proceedings than with a common suspect's rights. The ECtHR does recognise that there may be circumstances where it is unavoidable to keep certain information from the suspect. However, the investigative authorities are never exempt from the obligation to ensure that the domestic courts are, in fact, able to exercise free, full and effective control on the lawfulness of a suspect's pre-trial detention. That certainly goes for complex cases, with a large investigation file. The government's general reasoning that the nature of investigations into *terrorism* justifies as such more far-reaching restrictions of suspects' rights during the pre-trial phase, is not corroborated by the Strasbourg case law discussed in Chapter VII.

In addition, in case of restrictions to defence rights during the pre-trial phase, the ECtHR attaches particular importance to the question of whether these restrictions have been adequately counterbalanced, for example, by means of judicial control. The fact that no one, except for the public prosecutor, has access to the complete case file for protracted periods undermines the judiciary's power to: (1) monitor *the progress* of the investigation, and (2) effectively decide on the lawfulness of a suspect's *continued* detention on remand.

The necessity of the administrative measures to counter terrorism – as comprised in the proposed Bill – was doubtful when considered in light of the amendments brought about by the DPTA. The broad discretionary power for the Minister of Interior caused by the broadly defined criteria for application of these powers, the lack of adequate and mandatory judicial control on the imposition of these powers, and the very doubtful effectiveness of the administrative measure, might have led to violations of Article 2, section 2 of the Protocol, if the Bill would have entered into force.

Union case law on the blacklisting system demonstrates that even though the Council is, theoretically, the competent authority to blacklist a party, factually speaking, the Member States decide who is included on the Union blacklist. In addition, despite the fact that in theory there is a remedy available for blacklisted parties, the procedural deficiencies attached to judicial proceedings during which the lawfulness of fund-freezing measures is examined have made that remedy factually meaningless as far as it concerns delisting. The Union judiciary interprets the right to an effective legal remedy merely as having *factual access* to a remedy. Generally, the statement of reasons is provided to the blacklisted party and the party is heard *after* the implementation of the blacklisting decision. If there were a possibility for the blacklisted party to *effectively* rebut the *substantive* information that led to the national decision, and consequently, to the Council's decision to freeze his funds, that would be acceptable. However, that is clearly not the case. The substantive 'suspicion criterion' of involvement in (the financing of) terrorism pursuant to CP 931, is very broad, and has, in practice, hardly any relevance in deciding whether or not to include a party on the blacklist. The formalistic interpretation of the criteria for the application of fund-freezing measures leads to a factual situation where blacklisted parties are kept from questioning *in front of the union judiciary* the well-foundedness of the *substantive* basis of these measures. Judgements of the Union judiciary have, in this respect, become partly meaningless for the parties affected. The *factual* situation of blacklisted parties often remains unchanged, and their assets continue to be frozen, despite the fact that the judiciary has concluded that fundamental rights had been violated.

III

Primarily the judiciary should guard against unlimited criminal liability on account of terrorist offences. The fundamental principle that (terrorist) intentions are not liable to punishment should be preserved. Using the criminal justice system to prevent terrorism, without violating fundamental rights, and primarily without undermining the principle of legality and legal certainty, presupposes that the notion of terrorist intent should be specified and narrowly interpreted by the judiciary and applied by the executive.

The large discretionary powers of the investigative authorities pursuant to titles VB and VC of the DCCP, should be counterbalanced by statutory amendments. It would be best to restrict the category of terrorist offences in the case of which the application of the investigative powers may be ordered and used to the most severe ones, and to demand prior authorisation from an independent judicial authority or court.

Pre-trial detention of terrorist suspects demands extra *automatic* judicial control by a court. In addition, it would be preferable to include an explicit and mandatory element of proportionality in Article 66, section 3 of the DCCP.

To compensate for the considerable interference with terrorist suspects' right to access the case file, reference should be made to the UK disclosure procedure, as discussed in *A. and Others v. the United Kingdom*. The special advocate procedure may serve as an adequate safeguard against unjustified interferences with fair trial rights during *habeas corpus* proceedings, provided that the special advocate is allowed: (1) to actually inspect the evidence, (2) to put forward arguments on behalf of the detainee during the closed hearing, and (3) to make submissions to the judge regarding the case for additional disclosure. Introducing the UK disclosure-procedure into the DCCP would only be effective if the court deciding on the lawfulness of the pre-trial detention had access to all the information comprised in the case file. The scope of the right to lodge complaints against non-disclosure of information from the case file should not, furthermore, be statutorily limited, particularly because the enforcement of that right directly influences the effectiveness of the right to lodge a *habeas corpus* complaint.

To make blacklisting proceedings compliant with fundamental rights and principles of law, the substantive 'suspicion criterion' of involvement in terrorist acts as comprised in CP 931, should, *in practice*, become the main criterion for the application of the Council's blacklisting decision and for the imposition of fund-freezing measures, rather than the formalistic question of whether there is a 'national decision'. Secondly, affected parties should be heard as soon as possible after the blacklisting decision, and, in any case, immediately after the freezing of their funds. Thirdly, *effective* judicial review of blacklisting decisions should be guaranteed. Funds of delisted persons should not, furthermore, remain frozen despite an annulment of the blacklisting decision.

Hoofdstuk I. Terrorisme als tijdloze trend: inleiding

Terrorisme is van alle tijden. Antiterrorismewetgeving is echter een relatief nieuw fenomeen in Nederland. Het Nederlandse antiterreurbeleid in de periode 2001-2011 was in de eerste plaats gericht op de preventie van terroristische misdrijven. Deze dissertatie behandelt één aspect van dit preventiebeleid: de reikwijdte van de antiterrorismewetgeving binnen en buiten het strafrecht en de invloed van deze wetgeving op zowel (straf)rechtsbeginselen als op grondrechten uit verschillende Europese verdragen. Deze verdragen gelden in Nederland als hoger recht dan het nationale. Dit heeft geleid tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

In hoeverre zijn de wettelijke criteria voor de toepassing van antiterrorismebevoegdheden en maatregelen en het gebruik ervan in de praktijk, met name met betrekking tot de mate van verdenking, in het straf(proces)recht, het openbare-orde-recht, het bestuursrecht en het Europees recht, verenigbaar met de relevante grondrechten en rechtsbeginselen zoals die in de toepasselijke Europese verdragen zijn neergelegd?

Om die vraag te beantwoorden, worden verschillende subvragen gesteld en besproken, waarvan dit de drie belangrijkste zijn:

- I. Wat houdt een terroristisch misdrijf in binnen het Nederlandse strafrechtelijke stelsel en op welke manier heeft de strafbaarstelling van terrorisme de strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloed, met name gedurende de proactieve fase?;
- II. Welke bevoegdheden en/of maatregelen zijn er om terrorisme te voorkomen en welke mate van verdenking is vereist om tot toepassing van deze bevoegdheden en/of maatregelen over te gaan?;
- III. Hoe beïnvloedt de toepassing van deze bevoegdheden en/of maatregelen fundamentele wettelijke grondrechten en rechtsbeginselen, en dan in het bijzonder bezien in het licht van de toepassingscriteria van die bevoegdheden en/of maatregelen?

De bovengenoemde onderzoeksvragen hebben geleid tot een driedelige structuur in deze dissertatie. Om te beginnen betreft hoofdstuk II de **eerste subvraag**. Dit hoofdstuk onderzoekt de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor terroristische misdrijven in termen van *mens rea* en *actus reus*. Hoofdstukken III tot en met VIII betreffen de **tweede subvraag**. Zij behandelen verschillende bevoegdheden en maatregelen die de uitvoerende macht ter beschikking staan

gedurende de voorfase binnen het openbare-orderecht, het administratief recht, het strafprocesrecht en het Europees recht. De **derde subvraag** vormt de leidraad voor alle hoofdstukken. Met name hoofdstuk IX gaat in op het bereik van de effecten van de ter discussie staande bevoegdheden en maatregelen op de relevante grondrechten en rechtsbeginselen.

Hoofdstuk II. Strafbaarstelling van terroristische misdrijven

Dit hoofdstuk bespreekt de Nederlandse antiterrorismewetgeving op het gebied van materieel strafrecht en de effecten van deze wetgeving op het legaliteitsbeginsel, als gecodificeerd in artikel 1 Wetboek van Strafrecht (Sr) en artikel 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Deze wetgeving stoelt op twee algemene uitgangspunten. Ten eerste is de wetgeving gericht op het voorkomen van terroristische misdrijven in plaats van op de strafrechtelijke reactie hierop. Personen van wie vermoed wordt dat zij van plan zijn een terroristisch misdrijf te begaan, moeten worden tegengehouden voor die daad een feit is. Het tweede uitgangspunt van de wetgeving is dat eenieder die ervan verdacht wordt betrokken te zijn bij, of banden te hebben met ‘terroristische activiteiten’, op welke manier ook, eveneens een halt moet worden toegeroepen. Om die twee doelstellingen te bereiken, is met betrekking tot terrorisme de strafrechtelijke verantwoordelijkheid behoorlijk uitgebreid. Echter, het risico van het strafrechtelijk verantwoordelijk houden van mensen voor terroristische misdrijven op basis van vooral intenties, in plaats van op basis van het feitelijke gevaar dat zij door hun gedrag vormen of zouden kunnen vormen voor de maatschappij, is met het van kracht worden van de Wet Terroristische Misdrijven (WTM) toegenomen. Oogmerk als bestanddeel van strafbepalingen brengt subjectiviteit in het strafrechtelijk systeem.

Ondanks een aantal rechterlijke uitspraken met betrekking tot de definitie van het terroristisch oogmerk (art. 83a Sr), blijft de precieze reikwijdte van dit begrip onduidelijk. Er is geen consistentie in de rechtspraak met betrekking tot de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ‘terroristische misdrijven’ ingevolge de artikelen 83 en 83a Sr. Alhoewel de specifieke omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn, draagt de politiek-religieuze overtuiging van de verdachte vaak in aanzienlijke mate bij tot het bewijs voor terroristisch oogmerk. Personen die extreme interpretaties van bijvoorbeeld de islam aanhangen, maar nauwelijks enige stappen hebben ondernomen om hun geloofsopvatting in concrete daden om te zetten, lopen het gevaar strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden voor een terroristisch misdrijf.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) concludeert slechts zelden dat strafbepalingen artikel 7 EVRM schenden wegens het niet nakomen van het *lex certa*-vereiste. Strafbepalingen moeten in verschillende omstandigheden, en op alle mogelijke (toekomstige) daders, toepasbaar kunnen zijn. Dat houdt in dat zulke bepalingen moeten worden vervat in ruime bewoordingen, terwijl het legali-

teitsbeginsel, theoretisch althans, vereist dat crimineel gedrag zo helder mogelijk wordt gedefinieerd. Als gevolg daarvan is er een voortdurend spanningsveld tussen enerzijds het zo duidelijk mogelijk opstellen van strafbepalingen en anderzijds het (toekomstige) gedrag dekken dat als crimineel dient te worden beschouwd.

Het EHRM vindt dat een brede interpretatie van strafbepalingen – welke spoort met (langzaam) veranderende (maatschappelijke) omstandigheden – niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel zolang die interpretatie in overeenstemming blijft met de essentie van de strafbepaling en, tot op zekere hoogte, voorzienbaar is. Desalniettemin laten verschillende uitspraken zien dat zelfs een geheel andere (bredere) interpretatie van een strafbepaling – en dus zonder voorafgaande langzame ontwikkeling – aangaande ernstige misdrijven, niet automatisch een schending inhoudt van artikel 7 EVRM. Geconfronteerd met een dergelijk dilemma acht het EHRM het bestraffen van ernstig misdadig gedrag, zelfs als dat niet duidelijk valt binnen het bereik van een strafbepaling, belangrijker dan de strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel. Het lijkt erop dat het EHRM alleen bij grote rechtsonzekerheid tot een schending van het *lex certa*-vereiste uit artikel 7 EVRM zal concluderen.

Hoofdstuk III. Vermeende betrokkenheid bij terroristische activiteiten

Dit hoofdstuk gaat in op de antiterreurmaatregel die ‘persoonlijke verstoring’ wordt genoemd en het onderliggende verdenkingscriterium. Gedurende de periode 2004-2007 oefende de politie, handelend op en onder gezag van de burgemeester, een scala van observatiebevoegdheden uit op ‘personen die beweerdelijk betrokken waren bij terroristische activiteiten’. Deze observatiebevoegdheden omvatten onder andere het merkbaar langs iemands huis rijden en enige minuten voor dat huis stoppen met draaiende motor, zowel overdag als ’s nachts, het volgen van die persoon waarheen hij ook gaat, bezoekers staande houden en om hun identiteitsbewijs vragen, de persoon bellen als hij niet thuis is en zijn huis op reguliere basis observeren. De regering beriep zich op de artikelen 2 en 12 Politie Wet (PW) en op artikel 172 van de Gemeentewet als wettelijke basis voor de persoonlijke verstoring. Deze bepalingen omvatten de algemene taakomschrijving van de burgemeester en de politie: handhaving van de openbare orde. Geen van deze bepalingen bevatten specifieke toepassingscriteria voor persoonlijke verstoringsmaatregelen, noch definiëren zij de reikwijdte van de gebruikte observatietechnieken. Het criterium ‘personen beweerdelijk betrokken bij terroristische activiteiten’ is niet in wetsbepalingen vastgelegd, het wordt alleen vermeld in kamerstukken.

Er zijn twee rechterlijke beslissingen over de rechtmatigheid van specifieke gevallen van persoonlijke verstoring. In beide zaken was de toepassing van verstoringsmaatregelen, indien gebaseerd op artikel 12 PW, niet als zodanig uitdrukkelijk verboden. De bevoegde rechtbank sprak zich alleen expliciet uit over de vraag of de persoonlijke verstoringsmaatregelen proportioneel waren tot de beoogde doelen, wat afhing van de specifieke omstandigheden van het geval. Hoe overtuigender het

bewijs tegen een persoon was, en hoe minder vergaand de verstoringsmaatregelen waren, hoe meer rechters geneigd bleken te zijn dergelijke machtsmiddelen toe te staan op grond van artikel 12 PW.

Hoofdstuk III bespreekt ook het Straatsburgse recht op privacy op grond van artikel 8 EVRM. Dit in het licht van de toepassing van persoonlijke verstoringsmaatregelen. Gedurende de periode 2004-2006 maakten de meest vergaande vormen van verstoringsmaatregelen inbreuk op het recht op privacy. De persoonlijke verstoring kent een grote discretionaire bevoegdheid toe aan de burgemeester. Deze bevoegdheid wordt niet in balans gehouden door procedurele waarborgen, zoals verplichte rechterlijke controle. Of de toepassing van persoonlijke verstoringsmaatregelen in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, kan alleen deels, en *ex post facto*, worden vastgesteld door het aanspannen van een kort geding door de persoon die de persoonlijke verstoring heeft ondergaan.

Hoofdstuk IV. Veronderstelde banden met terrorisme

In dit hoofdstuk komt het wetsvoorstel Bestuurlijke Maatregelen Nationale Veiligheid (het Wetsvoorstel) aan de orde. Inmiddels is dit wetsvoorstel in juni 2011 ingetrokken. Ten tijde van zijn indiening bij het parlement was het de eerste voorgestelde wettelijke antiterreurmaatregel binnen het administratief recht. Het voornaamste doel van het wetsvoorstel was om handelen mogelijk te maken wanneer het strafrecht nog niet of niet meer kon worden toegepast. Het wetsvoorstel diende ‘het geheel aan antiterreurmaatregelen te completeren’, ook buiten de strafrechtelijke context dus. Personen die, op grond van hun gedragingen, in verband konden worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan, zouden onderworpen moeten worden aan een gebiedsverbod, een contactverbod en/of een periodieke meldingsplicht bij de politie (‘de administratieve maatregelen’). Een redelijke verdenking van een specifiek terroristisch misdrijf was geen voorwaarde voor de toepassing van de beoogde administratieve maatregelen.

Indien de autoriteiten een of meer van deze administratieve maatregelen zouden toepassen, zou de betrokkene beperkt zijn in zijn vrijheid te kiezen waar te gaan en te staan en wie te ontmoeten. Het cumulatief toepassen van deze drie administratieve maatregelen over een langere periode, zou de inbreuk doen toenemen in termen van het recht op vrijheid van beweging als vastgelegd in artikel 2 van het 4e protocol bij het EVRM (het Protocol) – in het bijzonder wanneer in aanmerking wordt genomen dat een (redelijke) verdenking niet vereist was om deze maatregelen toe te passen en dat informatie van geheime diensten voldoende zou zijn geweest om de administratieve maatregelen toe te passen voor een periode tot twee jaar.

Er is geen Straatsburgse jurisprudentie over inbreuken op het recht op vrijheid van beweging door overheidshandelen dat vergelijkbaar is met de administratieve

maatregelen zoals die waren voorgesteld in het Wetsvoorstel. De nagestreefde praktische reikwijdte van de administratieve maatregelen is voorts onduidelijk gebleven omdat het wetsvoorstel nooit in werking trad. Desalniettemin zijn er drie kwesties betreffende de vraag of de administratieve maatregelen uit het Wetsvoorstel in overeenstemming zouden zijn geweest met artikel 2 van het Protocol. In de eerste plaats was artikel 2 van het Wetsvoorstel, dat de toepassingscriteria bevatte voor de administratieve maatregelen, breed gedefinieerd en schiep het een grote discretionaire bevoegdheid voor de minister van Binnenlandse Zaken als bevoegde instantie. De breed gedefinieerde toepassingscriteria vergrootten de kans op willekeur. In de tweede plaats voorzag het Wetsvoorstel niet in automatische rechterlijke controle hetzij voorafgaande aan hetzij na het opleggen van de administratieve maatregelen. Of er rechterlijke controle zou worden uitgeoefend bij de oplegging of continuering van deze maatregelen, zou hebben afgehangen van de vraag of de persoon onderworpen aan zulke maatregelen een beroep zou indienen bij de arrondissementsrechtbank in Den Haag, zoals vastgelegd in artikel 4 van het Wetsvoorstel. De reikwijdte van deze procedure was voorts niet duidelijk. Ten derde, na het van kracht worden van de antiterrorismewetgeving binnen het strafprocesrecht en van de artikelen 134a en 83b Sr, leek het Wetsvoorstel overbodig.

Hoofdstuk V. Aanwijzingen van een terroristisch misdrijf

Om de WTM adequaat te handhaven, dienden de onderzoeksbevoegdheden waar het terrorisme betreft, aanzienlijk te worden uitgebreid. In de visie van de regering: ‘terrorisme kan niet worden tegengegaan door middel van de klassieke strafvordering.’ Dienaangaande moest de preventieve werking van strafvordering inzake terrorisme krachtiger worden gemaakt. Dit hoofdstuk bespreekt een deel van de Wet Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven (WOVTM), die in 2006 van kracht werd. Deze wet bracht vijf aanzienlijke veranderingen aan in het Wetboek van Strafvordering (Sv) op het gebied van opsporing van terroristische misdrijven:

- een verruiming van de mogelijkheden om in een verkennend onderzoek informatie te verzamelen;
- een verruiming van de mogelijkheden om personen, voertuigen en objecten te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit;
- een verruiming van de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden zoals stelselmatige observatie en de telefoontap;
- het mogelijk maken van bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren;
- een mogelijkheid tot uitstel van volledige inzage van processtukken.

Dit hoofdstuk gaat in op de eerste drie wetswijzigingen. Deze drie wetswijzigingen betreffen alle drie de invoering van een nieuw verdenkingscriterium in het Wetboek van Strafvordering, namelijk het criterium ‘aanwijzingen van een terroristisch misdrijf’. De bevoegdheden die kunnen worden gebruikt in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf zijn een inbreuk op het recht op privacy zoals geïnterpreteerd door het EHRM. Straatsburgse jurisprudentie aangaande de toepassing van vergelijkbare bevoegdheden laat zien dat (1) hoe groter de reikwijdte van een bevoegdheid is, (2) hoe vergaander deze is en (3) hoe eerder gedurende de proactieve fase deze kan worden toegepast, hoe preciezer de discretionaire bevoegdheid voor de uitvoerende macht gecodificeerd moet zijn. De wet moet de reikwijdte aangeven van de handelingsbevoegdheid die aan de bevoegde autoriteiten is toegekend. Ook moet de wet voldoende helder zijn over de manier van uitoefening van maatregelen die inbreuk maken op artikel 8 EVRM. Bevoegdheden van de uitvoerende macht mogen nooit ongebonden (*‘unfettered’*) zijn. Hoe nauwkeuriger de wet de aard van de misdrijven definieert, hoe minder specifiek de omschrijving van de categorie personen hoeft te zijn waarop de betreffende maatregelen toegepast kunnen worden. Bevoegdheden die ook het privéleven van niet-verdachte personen aantasten, dienen te zijn voorzien van speciale regels in dat opzicht. De toepassing van bevoegdheden die inbreuk maken op de privacy moeten (bij voorkeur) worden bevolen door een rechterlijke autoriteit, gevolgd worden, en achteraf worden onderzocht, ook door een rechterlijke autoriteit. Echter, hoe breder de bevoegdheden, hoe moeilijker het voor de rechterlijke macht is om te beoordelen of de bevoegdheden rechtmatig zijn toegepast. In het geval van brede wettelijke bepalingen vermindert de effectiviteit van rechterlijke controle daarom steeds meer, terwijl zulke bepalingen juist om extra rechterlijke controle vragen.

Hoe gedetailleerder en veeleisender nationale procedurele regels zijn aangaande bijzondere opsporingsbevoegdheden, des te waarschijnlijker is het dat het EHRM de handhaving ervan in overeenstemming zal achten met artikel 8 EVRM. Strafvorderlijke waarborgen moeten daarenboven van kracht zijn tijdens de beginstadiën van het uitvaardigen van een bevel tot het toepassen van zulke bevoegdheden, en gedurende de verdere toepassing ervan. Dit soort waarborgen moeten voor extra waakzaamheid zorgen als de autoriteiten bevoegd zijn dit soort bevoegdheden toe te passen, zonder gerechtelijk bevel en/of in het geval van indringende bevoegdheden van bijvoorbeeld heimelijke observatie. De proportionaliteit, en dus de noodzakelijkheid, van bijzondere bevoegdheden tot opsporing vermindert als andere bevoegdheden gelijktijdig of successief zijn of worden toegepast. Voorts, hoe meer misdrijven onderzocht mogen worden met gebruikmaking van heimelijke bevoegdheden tot opsporing, hoe minder snel het EHRM een dergelijke toepassing als noodzakelijk in een democratische samenleving zal beschouwen. Bij het beoordelen van de vraag of redenen van nationale veiligheid gebruikt mogen worden om de noodzakelijkheid aan te tonen van inbreuken op het recht op privacy, spelen in de opvatting van het EHRM twee hoofdaspecten een rol: (1) hoe dichtbij in de tijd en hoe feitelijk is de bedreiging van de nationale veiligheid?; en (2) hoe ernstig is de inbreuk op de

privacy? Hoe ernstiger een misdrijf is, hoe noodzakelijker het mag worden geacht bijzondere opsporingsbevoegdheden toe te passen. Dat geldt in het bijzonder wanneer andere (minder inbreuk makende) bevoegdheden niet effectief blijken te zijn. Het EHRM heeft deze overwegingen echter alleen gebruikt met betrekking tot *verdachten* op wie deze bevoegdheden waren toegepast, gedurende een relatief korte tijd, en onder supervisie van een rechter. Het is belangrijk vast te stellen dat er geen expliciete jurisprudentie voorhanden is aangaande bevoegdheden toegepast tijdens de proactieve fase op personen die nog niet als verdachten kunnen worden aangemerkt.

Wat betreft de bevoegdheden die besproken zijn in dit hoofdstuk, kunnen zich twee problemen voordoen ter zake het in overeenstemming zijn met artikel 8 EVRM. Op de allereerste plaats beperken ruime discretionaire bevoegdheden voor de uitvoerende macht de effectiviteit van wettelijke waarborgen, met name die van rechterlijke controle. Dat staat haaks op het feit dat de potentiële inbreuk van de besproken bevoegdheden juist oproept tot uitgebreide effectieve wettelijke procedurele waarborgen gezien de Straatsburgse jurisprudentie. Ten tweede ligt het bevelen van zulke bevoegdheden, bij de meeste ervan, bij het Openbaar Ministerie *c.q.* de opsporingsinstanties. Hoewel het EHRM niet per se een rechter als bevoegde autoriteit voorschrijft, moet nog worden afgewacht of de opsporingsinstanties voldoende onafhankelijk zijn om willekeurige toepassing van de bevoegdheden, zoals besproken in dit hoofdstuk, te voorkomen. De reikwijdte van rechterlijke controle op de toepassing van deze bevoegdheden blijkt erg beperkt te zijn. In dit opzicht is het meer dan opvallend dat de meeste onderzoeken naar vermeende terroristische misdrijven niet tot vervolging leiden, maar wegens gebrek aan bewijs worden gestaakt. Dat houdt in dat *ex post facto* controle zelden plaatsvindt.

Hoofdstuk VI. Een redelijk vermoeden van schuld

Het is van cruciaal belang vast te stellen wanneer iemand aangemerkt kan worden als een verdachte van een (terroristisch) misdrijf. Dat moment is een omslagpunt, zowel voor de verdachte als voor de opsporende autoriteiten binnen het strafrechtelijk onderzoek. Aan de ene kant opent het verdenkingscriterium van artikel 27 Sv de mogelijkheid voor de opsporende autoriteiten om allerlei dwangmiddelen te gebruiken tegen de verdachte. Aan de andere kant zijn deze autoriteiten vanaf dat moment verplicht verschillende grondrechten van de verdachte effectief te waarborgen. De dwangmiddelen die in dit hoofdstuk worden besproken, worden toegepast bij een *lichte* redelijke verdenking. Dit is, op het moment, het enige vereiste voor in verzekeringstelling en bewaring van terrorismeverdachten. Sinds de inwerkingtreding van de WOVTM mag een terrorismeverdachte van zijn vrijheid beroofd worden gedurende 20 dagen en 15 uur op grond van een *lichte* verdenking ingevolge artikel 67, lid 4 Sv, terwijl er in geval van ‘gewone verdachten’ tevens ernstige bezwaren aangetoond moeten worden. De WODC-rapporten laten zien dat bewa-

ring zonder ernstige bezwaren op grond van artikel 67, lid 4 Sv tot nog toe slechts in vijf zaken is toegepast gedurende de periode 2007-2011, en dan met name teneinde vermeende terroristische dreigingen af te wenden. Deze rapporten bevestigen de juistheid van de veronderstelling dat, wanneer het opsporing inzake terrorisme betreft, het belang van het onderzoek, de voorkoming van terrorisme en, meer algemeen, risicomanagement meer doorslaggevend zijn geworden voor toepassing van dwangmiddelen dan het wettelijk vastgelegde verdenkingscriterium.

Op het gebied van het EVRM draait hoofdstuk VI vooral om artikel 5, lid 1, onder c en lid 3 EVRM. Een voorwaarde voor rechtmatige vrijheidsbeneming gedurende de voorfase is dat er sprake moet zijn van een redelijke verdenking. Teneinde vast te stellen of er sprake is van een redelijke verdenking, onderscheidt het EHRM tussen: (1) de *subjectieve kant* van de verdenking, zijnde de goede trouw van de opsporingsautoriteiten, en (2) de *objectieve kant* van de verdenking, zijnde objectieve, concrete en relevante feiten of omstandigheden die de verdenking kunnen staven. Een verdenking is uitsluitend redelijk indien aan beide aspecten is voldaan. Er moet bewijs zijn van handelingen waaruit de veronderstelde betrokkenheid van verdachte bij een misdrijf blijkt. Hoe gedetailleerder en preciezer de informatie die de verdenking moet staven is, hoe eerder het EHRM de verdenking als redelijk zal beschouwen. Het EHRM lijkt geen bezwaar te hebben tegen het gebruik van geheime informatie teneinde een verdenking te staven. Maar, aanvullende informatie is dan vereist teneinde een *redelijke* verdenking aan te kunnen tonen. Als een verdenking (ten dele) gegrond is op geheime informatie, dan dient deze informatie ten minste enkele feiten of informatie te bevatten welke de bevoegde instantie kunnen overtuigen – en theoretisch ook een objectieve derde – dat de gearresteerde persoon terecht verdacht is van het plegen van een misdrijf. Alhoewel het EHRM enig begrip lijkt te hebben voor de moeilijkheden die staten ondervinden bij het bestrijden van terrorisme, laat het niet toe dat er verschillende verdenkingscriteria gecreëerd worden op grond van het type (ernst) van het misdrijf waarvan iemand verdacht wordt. Dit trekt de stelling van de Nederlandse regering in twijfel dat voor terroristische misdrijven een minder veeleisend criterium moet gelden.

Adequate rechterlijke controle van de gronden voor aanhouding en vrijheidsbeneming gedurende de voorfase is voor het EHRM een belangrijke *procedurele* waarborg teneinde willekeurige aanhouding en vrijheidsbeneming te voorkomen. De rechterlijke macht moet toegang hebben tot de feiten en omstandigheden die tot de aanhouding of vrijheidsbeneming hebben geleid om een effectieve rechtmatigheidstoets *ex post facto* te kunnen doen. Alhoewel de interpretatie van de Straatsburgse gronden voor voorlopige hechtenis (vluchtgevaar, collusiegevaar, recidivegevaar en verstoring van de openbare orde) afhangt van de omstandigheden van het geval, zijn er enkele richtlijnen te geven die bij alle gronden gelden.

Ten eerste moeten verdachten, voor zover mogelijk, hun proces in vrijheid kunnen afwachten. Vooraleer iemand in hechtenis te nemen, ook gedurende het proces,

dient de mogelijkheid van alternatieve maatregelen overwogen te worden. Ten tweede zijn de bevoegde instanties verplicht specifieke en geïndividualiseerde omstandigheden aangaande het gedrag van de verdachte, en zijn persoonlijkheid, aan te tonen wanneer ze beslissen tot vrijheidsbeneming. Ten derde, hoe langer de vrijheidsbeneming gedurende de voorfase duurt, hoe relevanter en zwaarder de gronden gebruikt teneinde de vrijheidsbeneming te rechtvaardigen, moeten worden – zowel in ernst als in aantal. Ten vierde dienen de gronden die gebruikt zijn om de vrijheidsbeneming te rechtvaardigen een direct verband te leggen tussen: (1) de specifieke en persoonlijke omstandigheden van het geval, (2) nationaal recht, en (3) de feitelijke omstandigheden die de bevoegde instanties gebruikt hebben om de vrijheidsbeneming te rechtvaardigen.

Hoofdstuk VII. Ernstige bezwaren

Ernstige bezwaren vormt het hoogste verdenkingscriterium gedurende de voorfase. Met betrekking tot vrijheidsbeneming gedurende de voorfase speelt dit verdenkingscriterium pas een rol vanaf de gevangenhouding en -neming. Dit is een gevolg van het nieuwe artikel 67, lid 4 Sv. De WOVTM heeft bovendien artikel 66, lid 3 Sv gewijzigd. Terrorismeverdachten mogen tot 2 jaar en 90 dagen gevangen worden gehouden, in tegenstelling tot de 90 dagen voor ‘gewone verdachten’. Dit hoofdstuk bespreekt het bereik van deze wetswijziging en de vraag of deze verlengde termijn voor gevangenneming en gevangenhouding in overeenstemming kan worden geacht met artikel 5, lid 3 EVRM. Eenieder die van zijn vrijheid is beroofd ingevolge lid 1 onder c, heeft het recht binnen een *redelijke termijn* berecht te worden. Het EHRM heeft verschillende criteria ontwikkeld om te beoordelen of een strafrechtelijk onderzoek, en het proces, van een persoon die in voorlopige hechtenis zit, met de vereiste nauwkeurigheid en voortvarendheid worden behandeld.

Het belangrijkste criterium betreft de vraag of er sprake is van stilzitten aan de kant van de vervolgende autoriteit gedurende het onderzoek of het proces. Dit stilzitten is eigenlijk altijd onacceptabel. Ten tweede speelt de complexiteit van de zaak een rol, alsmede de houding van de verdachte en het type misdrijf waar het om gaat. De aard van het misdrijf beïnvloedt slechts ten dele de redelijkheid van de lengte van de vrijheidsbeneming gedurende de voorfase. Complexe strafbare feiten, zoals misdrijven inzake internationale criminele of terroristische organisaties, beïnvloeden de complexiteit van een zaak en *dientengevolge* de toegestane lengte van vrijheidsbeneming gedurende de periode tot aan de uitspraak in eerste instantie. Het is dus meer de potentiële ingewikkeldheid eigen aan onderzoeken met betrekking tot zulke ernstige misdrijven die de redelijkheid van de lengte van de vrijheidsbeneming beïnvloedt, dan de aard van bijvoorbeeld terrorisme als zodanig.

Als gevolg van de verlengde termijn van gevangenhouding en gevangenneming voor terrorismeverdachten gelden potentiële beperkingen op rechten van deze verdachte ook voor een langere termijn. Een mogelijke beperking betreft de bevoegd-

heid tot tijdelijke onthouding van processtukken uit het procesdossier op grond van artikel 30, lid 2 Sv. Inzage in het gehele procesdossier is onder meer van groot belang indien een verdachte in beroep wil gaan tegen het bevel tot gevangenhouding of gevangenneming via artikel 71 Sv of via artikel 69 Sv. Artikel 5, lid 4 EVRM verplicht staten te voorzien in een effectieve mogelijkheid tot het indienen van een zogenaamd *habeas corpus*-verzoek. Om het recht op *habeas corpus* effectief te doen zijn, moeten de verdachte en de bevoegde rechterlijke instantie weten op basis van welke informatie de verdachte van zijn vrijheid is beroofd. De staatsveiligheid en/of het feit dat het terrorisme betreft, kunnen als zodanig geen vergaande inbreuken op verdedigingsrechten betreffende het recht op toegang tot de processtukken gedurende *habeas corpus*-procedures rechtvaardigen. Het recht op toegang tot het procesdossier is, in de ogen van het EHRM, een essentieel aspect van het beginsel van *equality of arms* en dat moet zo veel mogelijk nageleefd worden gedurende *habeas corpus*-procedures. Aan dit beginsel is niet voldaan als de verdachte toegang tot stukken uit het procesdossier wordt ontzegd, terwijl deze stukken essentieel zijn om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming *effectief* te kunnen toetsen.

Kortom, verdachten moeten altijd de rechtmatigheid van vrijheidsbeneming gedurende de voorfase effectief kunnen laten toetsen, ook in het geval van terrorisme. Dit veronderstelt dat de verdachte in staat gesteld moet worden de verdenking van terrorisme die de staat heeft, te weerleggen. Een verdachte moet daarom geïnformeerd worden, en blijven, gedurende de besluitvorming tijdens de *habeas corpus*-procedure. Hij moet in staat gesteld worden op- en aanmerkingen te maken, en deel te nemen aan het besluitvormingsproces, zo veel als mogelijk zonder de stukken die de vervolgende instantie geheim wil houden, te openbaren. Informatie die van doorslaggevend belang is voor de uitkomst van een beroep op invrijheidsstelling, en deel uitmaakt van het dossier van de vervolgende instantie, moet beschikbaar worden gesteld aan de verdachte, zelfs als het terrorisme betreft. Hoe langer de vrijheidsbeneming duurt, hoe omvangrijker *habeas corpus*-procedures moeten zijn en hoe meer informatie er geopenbaard moet worden aan de verdachte, en aan de bevoegde rechterlijke instantie. Hoe verder het onderzoek vordert, hoe minder aannemelijk het is dat bepaalde informatie geheim mag worden gehouden met een beroep op het belang van het onderzoek. De redenatie van de overheid dat de aard van terroristische misdrijven ingrijpendere beperkingen op de rechten van verdachten rechtvaardigt in dit opzicht, is twijfelachtig in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie.

Het EHRM hecht extra waarde aan de vraag of er voldoende procedurele waarborgen en/of garanties zijn die de beperkingen op verdedigingsrechten van verdachten kunnen compenseren tijdens *habeas corpus*-procedures. Het gewijzigde artikel 66, lid 3 Sv is niet voorzien van waarborgen om de potentieel verregaande inbreuken op de verdedigingsrechten van terrorismeverdachten te compenseren onder artikel 5, lid 4 EVRM. Omdat artikel 66, lid 3 Sv de periode van

gevangenneming en gevangenhouding verlengt voor terrorismeverdachten, zouden deze verdachten moeten kunnen profiteren van meer rechterlijke controle op de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming. Dit veronderstelt volledige inzage in alle stukken op grond waarvan de vervolgende instantie de vrijheidsbeneming rechtvaardigt en in de stukken die de redenen voor de vrijheidsbeneming bevatten. Op dit moment kan de bevoegde rechterlijke instantie inzake *habeas corpus*-procedures echter – net als de (terrorisme)verdachte – het recht op volledige inzage in het procesdossier ontzegd worden. Dit bemoeilijkt een effectieve toets op de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming.

Straatsburgse jurisprudentie bij artikel 5, lid 4 EVRM gaat vooral over zaken waar de verdediging geen toegang tot het volledige dossier had, maar de rechter en de vervolgende instantie wel. Gevallen waarbij noch de verdachte, noch de bevoegde rechterlijke instantie inzage in het gehele procesdossier heeft, kunnen in Straatsburg problemen opleveren met name op het gebied van de vereiste *effectieve* rechterlijke controle op de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming – ingevolge artikel 5, lid 4 van het EVRM.

Hoofdstuk VIII. De terrorismelijsten

Dit hoofdstuk bespreekt het ‘blacklisting-systeem’ van de Europese Unie. Wanneer een (rechts)persoon op de terrorismelijst van de Unie terechtkomt, worden al zijn bezittingen bevroren, waaronder verzekeringen, aan verzekering gerelateerde diensten, bankkredieten, reischeques, bankcheques, aandelen, pand- en hypotheekrechten, obligaties en kredietbrieven. Het bevriezen van tegoeden betekent dat een (rechts)persoon (‘de betrokkene’) die op de terrorismelijst staat, niet langer toegang heeft tot de noodzakelijke middelen voor het leiden van een normaal leven. Deze betrokkene wordt daarenboven niet geïnformeerd over de voorgenomen bevroering van de tegoeden. Hij ontdekt dit pas wanneer zijn tegoeden reeds bevroren zijn. Terwijl de plaatsing op de lijst, en ook de bevroering van de tegoeden, relatief simpel is, blijkt verwijdering van de lijst bijna onmogelijk te zijn. De theoretisch beschikbare rechtsmiddelen om van de lijst af te komen, blijken in de praktijk nutteloos vanwege het gebrek aan respect voor verdedigingsrechten en procedurele waarborgen. Aangenomen dat de blacklisting-procedures onder het bereik van artikel 47 en artikel 48, lid 2 van het *Charter of Fundamental Rights of the European Union* en artikel 6 EVRM vallen, dient er gehandeld te worden in overeenstemming met verschillende grondrechten. De volgende lijst van minimale voorwaarden kan gebruikt worden teneinde de blacklisting-procedures te beoordelen:

1. de materiële voorwaarden voor plaatsing op de lijst moeten duidelijk zijn;
2. de op de terrorismelijst geplaatste partijen moeten voldoende geïnformeerd worden over de beslissingen en de gronden waarop deze beslissingen worden genomen, bij voorkeur voorafgaand aan de implementatie;

3. de plaatsing op de lijst moet strikt gebonden zijn aan tijdslimieten en onderworpen zijn aan effectieve periodieke toetsing;
4. de betrokkenen die op de lijst geplaatst zijn, moeten toegang hebben tot alle relevante informatie en moeten gehoord worden, teneinde gebruik te kunnen maken van het recht op een effectief rechtsmiddel;
5. effectief rechterlijk toezicht moet gegarandeerd worden door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, dat daarenboven de bevoegdheid heeft de plaatsing op de lijst te wijzingen of ongedaan te maken;
6. betrokkenen die onrechtmatig op de lijst zijn geplaatst, moeten gecompenseerd worden.

Indien men handelen in overeenstemming met deze voorwaarden en beginselen als voorwaarde ziet teneinde de blacklisting-procedures in overeenstemming met grondrechten te beschouwen, rijzen de volgende zaken.

Ten eerste, het materiële verdenkingscriterium, inhoudende betrokkenheid bij terroristische daden, zoals geformuleerd in Gemeenschappelijk Standpunt 931/2001, is erg breed en leidt tot een behoorlijke discretionaire bevoegdheid voor de lidstaten en de Raad. Daarnaast beperkt dit criterium de mogelijkheden voor de rechterlijke instanties van de Unie om de rechtmatigheid van het plaatsingsbesluit effectief te beoordelen. Periodieke toetsing van de lijsten verliest effectiviteit als de voorwaarden voor plaatsing op de lijst zo ruim geformuleerd zijn. *Ten tweede*, de betrokkene wordt niet gehoord en er wordt hem geen *statement of reasons* verstrekt, voorafgaand aan de plaatsing op de lijst en het bevrozen van de tegoeden. Als de betrokkenen gehoord worden na het bevrozen van de tegoeden, dient dat uitsluitend om hen te informeren over de opgelegde maatregelen en over de nationale beslissing die ten grondslag ligt aan de beslissing van de Raad. In het algemeen worden betrokkenen niet geïnformeerd over de redenen waarom ze aangemerkt worden als betrokken bij (het financieren van) terroristische daden. Bovendien weigert de Raad zelden een initiatief van een lidstaat tot plaatsing en bevrozing. *Ten derde*, betrokkenen worden op de lijst geplaatst voor aanvankelijk een termijn van 6 maanden, na afloop waarvan de Raad beoordeelt of voortdurende plaatsing op de lijst nog altijd gerechtvaardigd is. De praktijk is anders: de voorgeschreven periodieke toetsing komt in werkelijkheid neer op een automatische verlenging van de beslissing met zes maanden, zonder de vereiste volledige toetsing van de redenen voor plaatsing. In dit opzicht is het van belang dat de periodieke toetsing van de beslissingen verricht wordt door het uitvoerend orgaan dat het oorspronkelijke plaatsingsbesluit heeft genomen in plaats van door een rechterlijke instantie.

Ten vierde, de procedurele tekortkomingen, de breed gedefinieerde materiële bepalingen en het feit dat *fair trial*-beginselen slechts ten dele gelden, ondermijnen het recht op een effectief rechtsmiddel. Daarnaast is het recht op een effectief rechtsmiddel volledig afhankelijk gemaakt van overeenstemming met de andere twee verdedigingsrechten, en heeft als zodanig dus weinig betekenis. *Ten vijfde*, de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie laat zien dat de

omvang van de rechterlijke toetsing beperkt is. Zowel de Raad als de vragende lidstaat zijn bevoegd om informatie te onthouden aan de bevoegde rechterlijke instantie van de Unie, en aan de betrokkenen, indien nationale veiligheid in het geding is. De Raad en de lidstaten genieten voorts beide een grote discretionaire bevoegdheid inzake de blacklisting-procedures.

Hoofdstuk IX. Conclusies en aanbevelingen

Hoofdstuk IX bespreekt drie zaken: (1) de algemene kenmerken van de Nederlandse antiterrorismewetgeving, (2) de omvang van de repercussies van deze wetgeving op grondrechten en rechtsbeginselen, en (3) enkele mogelijke oplossingen om de inbreuken die de huidige antiterrorismewetgeving op deze rechten en beginselen maakt, te compenseren.

I

De kenmerken van de *materiële antiterrorismewetgeving* zijn voornamelijk te vinden in de wetswijzigingen teweeggebracht door de WTM. Deze wetswijzigingen hebben binnen het Wetboek van Strafrecht geleid tot een tweedeling: het Wetboek van Strafrecht bestaat momenteel uit commune delicten en terroristische misdrijven. De praktijk laat zien dat de artikelen 83 en 83a Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid behoorlijk hebben uitgebreid met betrekking tot de terroristische misdrijven, en de commune delicten ter voorbereiding van terroristische misdrijven of de delicten die deze misdrijven faciliteren – met name de misdrijven begaan tijdens de proactieve fase. Voorbereidende terroristische misdrijven dienen niet in eerste instantie om strafrechtelijke verantwoordelijkheid te vestigen, maar ze zijn bedoeld als middel om de verwezenlijking van risico's te voorkomen. Het belangrijkste doel van antiterrorismewetgeving is dan om te ontdekken wie wellicht wel en wie niet bezig is met (het voorbereiden van) terroristische misdrijven. In dat opzicht is het materiële strafrecht een middel geworden dat bijdraagt aan risicomanagement, en een middel tot controle, meer dan een instrument om tot strafrechtelijke veroordelingen te komen. Het materiële strafrecht is op die manier ondergeschikt gemaakt aan de strafvorderlijke bevoegdheden.

Met de inwerkingtreding van de WTM en de WOVTM is het bereik van procedurele bevoegdheden gedurende het vooronderzoek enorm uitgebreid. Dit betreft met name de volgende zaken: (1) met betrekking tot sommige bevoegdheden zijn (wettelijke) verdenkingscriteria verlaagd voor uitsluitend terroristische misdrijven, (2) voorwaarden om tot een redelijke verdenking te komen inzake terrorisme zijn (informeel) verlaagd, en (3) het belang van het onderzoek is het doorslaggevende criterium geworden om te beslissen of procedurele bevoegdheden toegepast kunnen worden.

In het algemeen is het belang van verdenkingscriteria als rechtvaardiging en voorwaarde voor toepassing van bevoegdheden en maatregelen afgenomen, voor zover

het de voorkoming van terrorisme met het strafrecht betreft. Het perspectief en het object van verdenkingen zijn ook veranderd. Terwijl een verdenking normaal gesproken verwees naar een individu dat, naar verondersteld werd, een min of meer afgebakend misdrijf zou hebben begaan, betreffen verdenkingen momenteel steeds meer groepen van nog niet geïdentificeerde individuen die vaag omschreven (terroristische) misdrijven zouden voorbereiden, beramen, plannen of begaan, of die betrokken zijn bij of banden hebben met (de ondersteuning van) terroristische activiteiten. Daarnaast betreffen verdenkingen steeds meer situaties in plaats van specifieke personen. Verdachte situaties in plaats van concreet menselijk gedrag zijn het beginpunt geworden voor en de basis van later geïndividualiseerde verdenkingen.

II

Alhoewel de grenzen van de begrippen ‘terroristisch misdrijf’ en ‘terroristisch oogmerk’ nog geen duidelijke vorm hebben aangenomen, zal dit niet als zodanig leiden tot schendingen van het legaliteitsbeginsel ingevolge artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM. Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot artikel 7 EVRM benadrukt dat er een rechterlijke vrijheid bestaat in het interpreteren en ontwikkelen van strafbaarstellingen, in lijn met veranderende maatschappelijke omstandigheden.

Met betrekking tot het vereiste dat alle inbreuken op het recht op privacy bij wet voorzien moeten zijn, levert persoonlijke verstoring de grootste problemen op ingevolge artikel 8 EVRM. Persoonlijke verstoring, zoals toegepast in de meest vergaande vorm gedurende de periode 2004-2007, miste een wettelijke basis in overeenstemming met Straatsburgse jurisprudentie. Er waren geen waarborgen teneinde willekeurige toepassing van persoonlijke verstoring te voorkomen. Persoonlijke verstoring in de meest vergaande vorm, wanneer gebaseerd op de artikelen 2 en 12 PW, was daarom in strijd met artikel 8 EVRM. Daarenboven is de noodzakelijkheid van inbreuken op de privacy als gevolg van persoonlijke verstoring opzijgeschoven door de inwerkingtreding van de WOVTM.

De invoering van het verdenkingscriterium van ernstige bezwaren als voorwaarde voor: (1) een verkennend onderzoek naar terroristische misdrijven, (2) de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden en (3) preventieve fouillering in veiligheidsrisico-gebieden, zal problemen met zich brengen onder de eerste voorwaarde van artikel 8, lid 2 EVRM. Ten eerste zijn de toepassingscriteria – inclusief het verdenkingscriterium – ruim gedefinieerd. Dit kan leiden tot problemen op het gebied van voldoen aan de kwalitatieve vereisten voor wetgeving van straf(proces) recht. Ten tweede zijn er onvoldoende procedurele waarborgen om willekeurige toepassing van deze technieken en bevoegdheden te voorkomen. Ruime discretionaire bevoegdheden voor de uitvoerende macht beperken onvermijdelijk de effectiviteit van wettelijke waarborgen, en dan met name van rechterlijk toezicht. Dat staat haaks op het feit dat de potentiële inbreuk op het recht op privacy door gebruik van

de bevoegdheden uit de nieuwe titels VB en VC een verhoogde mate van effectieve waarborgen vereisen ingevolge Straatsburgse jurisprudentie.

De noodzaak van de procedurele bevoegdheden als opgenomen in titels VB en VC is voorts moeilijk adequaat aan te tonen in het licht van: (1) de antiterrorismebevoegdheden die buiten het strafrechtelijk systeem liggen; (2) de bevoegdheden zoals opgenomen in titels IVA, V en VA inzake commune delicten en (3) de bevoegdheden van de geheime dienst, gecombineerd met de informatie-uitwisseling tussen de opsporingsinstanties en de geheime diensten.

Het is minder moeilijk geworden om tot een (redelijke) verdenking van een (terroristisch) misdrijf te komen. Ruime strafbaarstellingen voor terrorisme, die bovendien gedragingen betreffen in een voorbereidende fase, maken het zelfs nog makkelijker om verdenkingscriteria te vervullen. Daarnaast is informatie die gebruikt wordt om een verdenking te staven meestal niet uitsluitend verzameld door de opsporingsinstanties en blijft deze vaak (deels) geheim. In het licht van deze ontwikkelingen, en in het licht van de praktische implementatie van het systeem van (initiële) vrijheidsberoving gedurende het vooronderzoek in Nederland, kan het niet ontkend worden dat het kernelement van artikel 5 EVRM ondermijnd wordt. Vrijheidsberoving van terrorismeverdachten kan voorts zeer wel plaatsvinden buiten de wettelijk gedefinieerde toepassingscriteria. De combinatie van (1) ruime strafbaarstellingen voor voorbereidende terroristische misdrijven, (2) verlaagde verdenkingscriteria voor de toepassing van procedurele bevoegdheden en maatregelen, en (3) de mogelijkheid om informatie van de geheime dienst te gebruiken en/of ander ‘zacht bewijs’ gedurende het onderzoek en het proces, kan de foutmarge verhogen. Als de foutmarge bij opsporingsonderzoeken inzake terrorisme inderdaad aanzienlijk hoger blijkt te zijn dan inzake commune opsporingsonderzoeken, dan is het zeker zo belangrijk het Openbaar Ministerie te verplichten een zaak zo spoedig mogelijk voor te leggen aan de rechter teneinde de rechtmatigheid van de aanklacht en de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te beoordelen. Echter in plaats daarvan krijgt het Openbaar Ministerie twee jaar extra de tijd om de zaak voor te leggen aan het bevoegde gerecht. Het gewijzigde artikel 66, lid 3 Sv gaat regelrecht in tegen de Straatsburgse beginselen van artikel 5 EVRM.

Het is essentieel dat terrorismeverdachten in voorlopige hechtenis inzage in het hele procesdossier krijgen, teneinde de aanklacht adequaat te kunnen weerleggen. Verdedigingsrechten van terrorismeverdachten mogen, op grond van Straatsburgse jurisprudentie, niet verdergaand beperkt worden dan in geval van verdachten van commune delicten gedurende *habeas corpus*-procedures. Het EHRM erkent wel dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin het onvermijdelijk is om de verdachte bepaalde informatie te onthouden. De opsporingsinstanties dienen te verzekeren dat de nationale gerechten feitelijk in staat blijven om volle en effectieve controle uit te oefenen op de rechtmatigheid van vrijheidsbeneming. Dat geldt zeker in geval van complexe zaken met een uitgebreid onderzoeksdossier. De algemene overweging

van de Nederlandse regering dat de aard van opsporingsonderzoeken inzake terrorisme, als zodanig, verregaande inbreuken op de rechten van verdachten gedurende de voorfase rechtvaardigt, vindt geen steun in Straatsburgse jurisprudentie zoals besproken in hoofdstuk VII. Daarnaast hecht het EHRM bijzondere waarde aan de vraag of beperkingen op verdedigingsrechten gedurende de voorfase adequaat gecompenseerd zijn door bijvoorbeeld rechterlijke controle. Het feit dat het mogelijk is dat niemand buiten het Openbaar Ministerie inzage heeft in het *complete* procesdossier voor langere periodes, ondermijnt de bevoegdheid van de rechterlijke macht om: (1) de voortgang van het opsporingsonderzoek in de gaten te houden, en (2) effectief te beslissen over de rechtmatigheid van de voortdurende vrijheidsbeneming van een verdachte.

De noodzaak van de administratieve maatregelen om terrorisme tegen te gaan zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel Bestuurlijke Maatregelen Nationale Veiligheid was twijfelachtig in het licht van de wetwijzigingen die de WOVTM en de WTM hadden voortgebracht. De ruime discretionaire bevoegdheid voor de Minister van Binnenlandse Zaken bestaande uit ruim gedefinieerde toepassingscriteria voor de bevoegdheden, het gemis aan adequate en verplichte rechterlijke controle op de oplegging van deze maatregelen en de twijfelachtige effectiviteit van de administratieve maatregelen, zouden hebben kunnen leiden tot schendingen van artikel 2, lid 2 van het Protocol indien het Wetsvoorstel in werking zou zijn getreden.

Jurisprudentie van de gerechten van de Europese Unie betreffende de blacklisting-procedures laat zien dat, hoewel de Raad theoretisch de bevoegde instantie is, feitelijk de lidstaten beslissen wie er opgenomen dient te worden op de terrorismelijst. Hoewel betrokkenen theoretisch beschikken over een rechtsmiddel, is dat rechtsmiddel feitelijk betekenisloos vanwege de procedurele tekortkomingen verbonden aan de procedure gedurende welke de rechtmatigheid van de bevroezingsmaatregelen wordt beoordeeld. De gerechten van de Unie interpreteren het recht op toegang tot een rechtsmiddel slechts als het hebben van feitelijke toegang tot een dergelijk rechtsmiddel. In zijn algemeenheid wordt de betrokkene gehoord en ingelicht over de redenen tot opneming op de lijst, na plaatsing op de lijst en na de bevriezing van de tegoeden. Indien er een effectieve mogelijkheid zou zijn voor de betrokkene om de materiële informatie die geleid heeft tot de nationale beslissing en tot de beslissing van de Raad om de tegoeden te bevrozen, te kunnen ontkrachten, dan zou dat acceptabel zijn. Dat is echter niet het geval. Het materiële ‘verdenkingscriterium’ van betrokkenheid bij (de financiering van) terrorisme ingevolge Gemeenschappelijk Standpunt 931/2001 is ruim. Het criterium heeft in de praktijk nauwelijks relevantie met betrekking tot de beslissing of de betrokkene wel of niet op de lijst geplaatst moet worden. De formalistische interpretatie van de toepassingscriteria voor bevroezingsmaatregelen leidt tot een feitelijke situatie waarin betrokkenen de mogelijkheid ontzegd wordt om ten overstaan van de Uniegerechten de gegrondheid van de materiële basis voor deze maatregelen te betwisten. Jurisprudentie van de

Uniegerechten is in dit verband deels zonder betekenis geworden voor de betrokkenen. De feitelijke situatie van de betrokkenen blijft vaak ongewijzigd en hun tegoe-den blijven bevroren, ongeacht het feit dat de Uniegerechten hebben geconcludeerd dat grondrechten geschonden waren.

III

Met name de rechtsprekende macht moet waken tegen oeverloze strafrechtelijke aansprakelijkheid voor terroristische misdrijven. Het fundamentele rechtsbeginsel dat (terroristische) intenties alleen niet strafbaar zijn, moet in ere worden gehouden. Het strafrechtelijk systeem gebruiken zonder schending van grondrechten en rechtsbeginselen, en men name zonder het legaliteitsbeginsel te ondermijnen, veronderstelt dat ‘terroristisch oogmerk’ duidelijk afgebakend en beperkt geïnterpreteerd moet worden door de rechtsprekende macht. Ook de uitvoerende macht moet dit begrip op eenzelfde terughoudende manier toepassen.

De ruime discretionaire bevoegdheden voor de opsporingsautoriteiten op basis van titel VB en VC zouden gecompenseerd moeten worden door wetswijzigingen. Het verdient aanbeveling de categorie van terroristische misdrijven inzake welke deze bevoegdheden bevolen en toegepast mogen worden, te beperken tot de meest ernstige terroristische misdrijven, en voorafgaande rechterlijke autorisatie te vereisen van een onafhankelijke juridische instantie of een gerecht.

Vrijheidsbeneming van terrorismeverdachten gedurende de voorfase vereist extra en automatische rechtelijke controle door een gerecht. Daarnaast zou het de voorkeur genieten een expliciet verplichte proportionaliteitstoets op te nemen in artikel 66, lid 3 Sv.

Om de vergaande inbreuk op het recht op inzage in het procesdossier te compenseren, is er verwezen naar de zaak *A. and Others v. the United Kingdom*. The ‘*special advocate procedure*’ besproken in deze zaak, kan dienen als adequate waarborg tegen ongerechtvaardigde inbreuken op *fair trial*-rechten gedurende *habeas corpus*-procedures, tenminste indien de *special advocate* bevoegd is om: (1) het bewijsmateriaal in te zien, (2) het woord te voeren voor de verdachte tijdens de *in camera*-zitting, en (3) de rechter te vragen om extra inzage in het dossier. Het introduceren van deze procedure zou alleen effectief zijn indien het gerecht dat beslist over de zaak volledige inzage in het dossier heeft. Het bereik van het recht om zich te beklagen over niet-inzage in het dossier zou daarnaast niet wettelijk beperkt mogen zijn, met name omdat de uitoefening van dat recht direct invloed heeft op de effectiviteit van het recht op *habeas corpus*.

Om plaatsing op de terrorismelijst in overeenstemming te brengen met grondrechten en rechtsbeginselen, zou ten eerste het materiële verdenkingscriterium, inhoudende betrokkenheid bij (de financiering van) terroristische daden ingevolge

Gemeenschappelijk Standpunt 931/2001, het doorslaggevende toepassingscriterium moeten worden voor het plaatsingsbesluit en de bevroeringsmaatregel, in plaats van de wat formele vraag of er een nationale beslissing is. Ten tweede, betrokkenen moeten zo spoedig mogelijk gehoord worden na het plaatsingsbesluit en in ieder geval na de bevroering van hun tegoeden. Ten derde, effectieve rechterlijke controle op het plaatsingsbesluit moet gegarandeerd worden. Ten slotte moeten tegoeden van op de terrorismelijst geplaatste betrokkenen niet bevroren blijven als de gerechten van de Unie het plaatsingsbesluit hebben vernietigd.